

## **Los gobiernos corporativos en la Administración del Estado**

Serie Informes N° 30-20, 23-10-2020

*por Víctor Soto Martínez*

### **Resumen**

*El presente informe estudia la situación de los llamados "gobiernos corporativos" en la Administración del Estado. Para realizar este análisis se hacen, en primer lugar, diversas aclaraciones conceptuales respecto de los órganos colegiados en nuestro ordenamiento (1). Luego, se proponen una tipología jurídica (formal) de los consejos en la Administración del Estado (2) y una clasificación funcional de estos (3). Sobre la base de estas precisiones conceptuales, se pasa al problema de fondo: los gobiernos corporativos en el Estado chileno, desde una perspectiva histórica y funcional (4). El texto decanta en algunas conclusiones generales, que buscan ser de utilidad para la creación de estos órganos en el futuro por parte de los legisladores.*

Disclaimer: Este trabajo ha sido elaborado a solicitud de parlamentarios del Congreso Nacional, bajo sus orientaciones y particulares requerimientos. Por consiguiente, sus contenidos están delimitados por los plazos de entrega que se establezcan y por los parámetros de análisis acordados. No es un documento académico y se enmarca en criterios de neutralidad e imparcialidad política.

## TABLA DE CONTENIDOS

Antecedentes .....	3
1. Aclaración de conceptos: los órganos colegiados en la Administración del Estado .....	3
1.1. Sobre su naturaleza jurídica .....	3
1.2. Sobre su denominación .....	5
2. Tipos de consejos públicos .....	6
2.1. Consejos insertos en estructuras de gobierno regional o local .....	6
2.2. Consejos insertos en la estructura de un servicio público.....	7
2.3. Consejos que están fuera de la estructura de los servicios públicos .....	8
3. Clasificación según su organización .....	9
3.1. Clasificación .....	9
3.2. Síntesis.....	12
4. La tendencia hacia los llamados gobiernos corporativos en el Estado chileno .....	12
4.1. Concepto de gobierno corporativo .....	12
4.2. Aplicación del concepto en el sector público .....	13
Conclusiones.....	18

## Antecedentes

Se ha solicitado un trabajo que estudie la situación de los llamados “gobiernos corporativos” en la Administración del Estado. Para realizar este análisis es necesario hacer primero ciertas aclaraciones conceptuales respecto de los órganos colegiados en nuestro ordenamiento (1). Luego, realizaremos una tipología jurídica (formal) de los consejos en la Administración del Estado (2) y una clasificación funcional de estos (3). Sobre la base de estas precisiones conceptuales, entraremos al problema que nos ocupa: los gobiernos corporativos en el Estado chileno (4). Finalmente, esbozaremos algunas conclusiones generales, que pueden ser de utilidad para la creación de estos órganos en el futuro.

### 1. Aclaración de conceptos: los órganos colegiados en la Administración del Estado

#### 1.1. Sobre su naturaleza jurídica

En primer lugar, es preciso distinguir los órganos colegiados en el ámbito privado de los órganos colegiados en el ámbito público.

##### 1.1.1 Órganos privados y casos especiales

Se trata de sujetos de derecho creados por los propios particulares, y que encuentran, a su vez, fundamento jurídico-político en dos disposiciones constitucionales: primero, el artículo 1º, inciso tercero de la Constitución, que reconoce y ampara a los grupos intermedios y, segundo, el artículo 19º N° 15 de la Constitución, que consagra la libertad de asociación.

En este ámbito podemos comprender a las fundaciones, corporaciones y sociedades, que a su vez engloban a una serie de entes de diversa finalidad (como las ONG, las universidades no estatales, las sociedades anónimas, las juntas de vecinos, las asociaciones gremiales y de funcionarios, los colegios profesionales, etc.).

Un caso interesante lo configuran aquellas instituciones *intermedias* entre lo público y lo privado que, si bien a partir de esta clasificación serían privadas, se configuran jurídicamente como organizaciones de derecho público. En otras palabras, aquellas organizaciones que formalmente son públicas y ejercen influencia pública, pero están constituidas también sobre la base de la libertad asociativa (es decir, cuya constitución es facultativa) y no participan *directamente* de la organización estatal. Aquí se ubican, por ejemplo, los partidos políticos<sup>1</sup>. Por otra parte, tenemos a las

---

<sup>1</sup> Su fundamento constitucional es, al igual que las entidades señaladas más arriba, el artículo 19, N° 15, y su definición como organizaciones autónomas de derecho público se encuentra consagrada en el artículo 1º de la ley N° 18.603. Para un análisis de lo que implica este estatus, véase OSORIO, Gabriel. *Partidos políticos. Historia institucional y dogmática jurídica*, Editorial Hammurabi, Santiago, 2018. Respecto de su papel en la configuración de la voluntad estatal, es evidente que los partidos políticos son algo más que meros agentes de *influencia*. Si bien su

iglesias, que tienen la facultad de constituirse, en virtud de la ley que las regula, como organizaciones autónomas de derecho público. En este caso, su fundamento constitucional directo es la libertad de culto, consagrada en el artículo 19, N° 6 de la Constitución.

### 1.1.2. Órganos de la Administración del Estado

Se trata de órganos que no se estructuran a partir del derecho de asociación, sino que “desde la legalidad, pues una norma los crea y configura en su función, en sus potestades, en su organización, en su marco jurídico”<sup>2</sup>. Este es el caso que nos compete para efectos del presente informe: los sujetos de derecho creados por el ordenamiento y que constituyen “órganos de la Administración del Estado”<sup>3</sup>.

De conformidad a lo dispuesto al inciso segundo del artículo 1° de la LOCBGAE, la Administración del Estado está constituida por todos los órganos y servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa, lo que abarca al Gobierno y sus Ministerios, a los servicios públicos centralizados y descentralizados, los órganos que gozan de autonomía constitucional (como las municipalidades, el Banco Central, la Contraloría General de la República), las Fuerzas Armadas y de Orden y las empresas públicas creadas por ley. Aunque la ley no lo señala expresamente, también se ubicarían aquí las universidades estatales, que cuentan con una regulación específica (ley N° 21.094)<sup>4</sup>.

Ahora bien, dando por hecho que todas estas entidades son organizaciones de carácter colectivo o colegiado, cuando nos referimos a órganos colegiados en la Administración del Estado estamos hablando de entes específicos “cuya titularidad corresponde a un conjunto de personas físicas que, de modo colectivo, concurren a formar la voluntad u opinión del órgano”<sup>5</sup>. En otras palabras, nos referimos a un órgano cuya *voluntad* se define colectivamente.

---

espacio “natural” está en el ámbito de la opinión pública, en los últimos treinta años se han ido ubicando cada vez más dentro del marco formal de las instituciones del Estado. Este es un proceso que se ha dado en todo el mundo y tiene un efecto paradójico: por un lado, la injerencia de estas instituciones en los asuntos públicos aumenta; por otro, se genera una desvinculación creciente con la ciudadanía, que es la base (material) de su poder.

<sup>2</sup> CARMONA, Carlos. “La organización administrativa. Apuntes de clases”, Santiago, 2013, p. 18. Cabe aclarar aquí que el texto de Carmona se refiere específicamente a los “sujetos de derecho” en la Administración del Estado. Este término incluye a todos los órganos públicos, incluidas las autoridades unipersonales. Lo que hacemos en este trabajo es tomar esas mismas clasificaciones, pero centrarnos sólo en lo que concierne a los órganos colegiados.

<sup>3</sup> *Ibíd.*

<sup>4</sup> Al respecto véase: SOTO, Pablo. “Universidad de la Administración del Estado como universidad pública: análisis crítico desde los diversos usos de “lo público””, en: Revista de Derecho (Coquimbo), Vol. 23, N° 2, 2016. Y, en particular, la sentencia del Tribunal Constitucional: STC, Rol N° 1892-2011.

<sup>5</sup> CARMONA, Carlos. Op. Cit., p. 136.

En Chile, la regla general consiste en que la voluntad de los órganos de la Administración del Estado se defina a través de una autoridad unipersonal denominada "jefe de servicio", según lo dispuesto en el artículo 31, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado<sup>6</sup> (en adelante, LOCBGAE). Los órganos colegiados, ya sea que se ubiquen dentro de la estructura del servicio, pero subordinados al jefe del mismo, o que se les encomiende la dirección superior del servicio, constituyen siempre la excepción<sup>7</sup>. De ahí que el mismo artículo citado de la LOCBGAE disponga: "En *circunstancias excepcionales* la ley podrá establecer consejos u órganos colegiados en la estructura de los servicios públicos con las facultades que señale"<sup>8</sup>.

Además de su configuración, su objeto y sus funciones y atribuciones, la ley debe definir su organización (quiénes lo integran, cómo se designan o eligen, duración de sus mandatos, incompatibilidades, mecanismos de remoción, etc.), y su funcionamiento (quórum para sesionar, quórum para tomar acuerdos, etc.).

La voluntad del órgano colegiado se denomina *acuerdo*. Sin embargo, para llevarse a cabo requiere de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad (art. 3, de la ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado). Es decir, lo que cambia no es la *forma* de ejecutar los actos administrativos, sino la forma en que se configura la *voluntad* del servicio.

## 1.2. Sobre su denominación

La denominación genérica de los servicios públicos en nuestro país es "servicio" (como el Servicio de Impuestos Internos), aunque existen muchas otras denominaciones, como "oficina", "unidad", "agencia", entre otras. Es un error común confundir la denominación de un órgano con su naturaleza. Por ejemplo, ¿qué diferencia hace que llamemos a tal servicio público una "dirección" o un "instituto"? En realidad, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, no hay diferencia alguna. En ambos casos se trata de servicios públicos. Obviamente, el legislador puede, a través de su denominación, delinear alguna función o algún aspecto determinado de la institución que está creando. Así, cuando se habla de "dirección" se suele enfatizar semánticamente el carácter "ejecutivo" del órgano, mientras que al hablar de "instituto" se suele recalcar su carácter "reflexivo". Por otra parte, la voz "fondo" quiere recalcar que es un órgano que administra recursos públicos y las voces "corporación" o "junta" que el órgano tiene una dirección colegiada. Distinto es el caso de las "superintendencias" y "fiscalías", que tienen un propósito determinado como

---

<sup>6</sup> Decreto con fuerza de ley N° 1-19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575.

<sup>7</sup> Para una historia del tratamiento que el legislador le ha dado a los órganos colegiados en contraste con las autoridades unipersonales, véase el punto 5.3.

<sup>8</sup> Incluso, la interpretación histórica de los parlamentarios a partir de lo dispuesto en la LOCBGAE, ha sido elevar el quórum de las normas que crean órganos colegiados en la estructura de los servicios públicos, otorgándoles rango de leyes orgánicas constitucionales.

órganos fiscalizadores. Pero, incluso si tuvieran una denominación distinta –como ocurre con la Comisión para el Mercado Financiero, que subsumió recientemente las funciones de la Superintendencia de Valores y Seguros-, esto no modificaría en nada su función principal: ser entidades fiscalizadoras. En otras palabras, es la función la que hace al órgano y no el órgano a la función.

Entendiendo esto podemos entender la multiplicidad de denominaciones que se le da a los órganos colegiados en nuestro país. Así, se habla genéricamente de consejo, pero también de comité, comisión, corporación o junta. La diferencia entre estas denominaciones no dice relación con su naturaleza, ya que todos son órganos colegiados que pueden constituirse como un servicio público o bien insertarse dentro de un servicio público. Sin embargo, sí se puede advertir que el legislador a veces usa ciertas denominaciones para enfatizar algún elemento del órgano en cuestión: de esta forma, “comisión” y “comité” suelen recalcar un carácter más ejecutivo (y técnico), mientras que “consejo”, “corporación” o “junta” suelen recalcar su carácter plural (y participativo). Un ejemplo paradigmático es el concepto de “concejo” en el caso de los municipios, donde el legislador opta por el uso de una palabra históricamente asociada en el mundo hispánico a los ayuntamientos o municipalidades.

## **2. Tipos de consejos públicos**

### **2.1. Consejos insertos en estructuras de gobierno regional o local**

En primer lugar, debemos referirnos a un caso especial de consejos. Se trata de consejos creados por ley, pero que no se ubican en la estructura de un servicio público propiamente tal, sino que forman parte, más bien, de una estructura de gobierno determinado<sup>9</sup>. Nos referimos a los concejos municipales y a los consejos regionales. En ambos casos se trata de órganos colegiados formados por personas electas

---

<sup>9</sup> Decimos, para simplificar, que se ubican dentro de una estructura de *gobierno*, pero la verdad es que nuestra Constitución sólo habla de “gobierno” en el caso de las regiones; así, al referirse al ámbito local usa el concepto más limitado de “administración comunal”. Es decir, la Constitución delinea un gobierno regional, pero no un gobierno local. Esto bien puede deberse a un temor arraigado en la elite local de derivar hacia un modelo federal del Estado. Por eso mismo, el llamado “gobierno regional” ha sido históricamente visto sólo como una entidad delegada del poder central, a través de la figura del Intendente. Recién en los últimos treinta años se empezó a configurar una suerte de poder dual, con la creación y posterior fortalecimiento de los consejos regionales y, finalmente, con la última reforma (leyes N° 20.990 y N° 21.073), que reemplaza al Intendente por el delegado presidencial regional y crea la figura del gobernador regional, elegido directamente por la ciudadanía y que se constituye como el nuevo órgano ejecutivo del Gobierno Regional. Ahora bien, nótese que –incluso después de esta reforma- la función de gobierno seguirá residiendo plenamente en el delegado presidencial, mientras que el gobernador se encargará, más bien, del cumplimiento (parcial) de la función administrativa. Aquí hay que hacer un nuevo alcance: la Constitución chilena hace equivalentes la administración y el gobierno, ubicando ambas funciones bajo la potestad del Presidente de la República (esto se ha denominado “concepción orgánica” del gobierno y la administración). Por lo tanto, la idea de una agencia elegida directamente por el pueblo, que detente al menos *una o una parte* de estas funciones sin supeditarse al gobierno de turno, es ya conceptualmente disruptiva para el sistema constitucional vigente.

directamente por la ciudadanía y que detentan una función esencialmente representativa. Se trata de órganos normativos y deliberantes, que deben aprobar o rechazar las políticas que –de conformidad a la ley- el órgano ejecutivo de la región o comuna someta a su decisión. Asimismo, les corresponde la fiscalización de la actuación del órgano ejecutivo respecto del cumplimiento del resto de las funciones del servicio.

Aunque en cuanto a estructura pueden parecerse a otras figuras que estudiaremos a continuación, es preferible analizarlos por separado. Así, por ejemplo, a diferencia de otros órganos colegiados, no se puede decir que tengan una función de “dirección superior” del servicio, sino más bien que detentan la co-dirección *en algunos asuntos* con el órgano ejecutivo del servicio, mientras que fiscalizan el actuar de éste respecto del resto de las funciones del servicio. Asimismo, su carácter electo y representativo los hace esencialmente distintos de un órgano con miembros electos en razón de su pertenencia a un determinado grupo, sector u organización.

## **2.2. Consejos insertos en la estructura de un servicio público**

Son consejos creados por ley y se ubican dentro de la estructura de los servicios públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la LOCBGAE. Cuentan con las facultades que señale la ley, y pueden abarcar desde atribuciones meramente consultivas hasta la dirección superior de estos servicios, como veremos a continuación.

### *2.2.1. Consejos directivos*

En primer lugar, podemos tener consejos resolutiveos que participen de la **dirección superior de los servicios públicos**. Aquí, los miembros del consejo se suelen entender como funcionarios públicos para todos los efectos legales. En este grupo podemos ubicar al Consejo para la Transparencia o el Consejo de Alta Dirección Pública, entre otros.

### *2.2.2. Consejos resolutiveos*

En segundo lugar, podemos tener **consejos resolutiveos que, sin participar en la dirección superior de un servicio público, puedan tomar parte en decisiones relevantes de política pública**. Así, por ejemplo, el Consejo Nacional del Fondo de Organizaciones de Interés Público, regulado en la ley N° 20.500. En este mismo sentido, tenemos los comités directivos de los Servicios Locales de Educación Pública, regulados por la ley N° 21.040, que se encuentran conformados por representantes de las municipalidades del territorio abarcado por el Servicio Local, por representantes del gobierno regional y por representantes de los padres y apoderados de sus establecimientos. Estos comités pueden definir la terna de candidatos para el

nombramiento del Director Ejecutivo y aprobar los planes estratégicos del servicio, entre otras atribuciones<sup>10</sup>.

### 2.2.3. Consejos consultivos

En tercer lugar, existen consejos consultivos de los servicios públicos, compuestos por personas privadas o que representen intereses privados, pero cuya estructura y atribuciones sean definidas y reguladas por la ley. Se trata, en definitiva, de consejos compuestos por sujetos privados pero que se integran en la estructura organizacional de los servicios públicos. Se trata de

“órganos colegiados, de carácter asesor, integrados por representantes de los intereses que puedan resultar afectados por las decisiones que adopte el órgano correspondiente o por personas a quienes el legislador considera relevante tener en el órgano correspondiente, por la opinión especializada que puedan dar”<sup>11</sup>.

Ejemplos de estos consejos son el comité consultivo del Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes<sup>12</sup>, o los consejos consultivos de usuarios de los Servicios de Salud, entre otros. También la ley N° 21.040 establece consejos locales de educación pública, compuestos por padres y apoderados, estudiantes, profesores, asistentes de la educación, etc., con facultades consultivas respecto de las decisiones del Director Ejecutivo del Servicio Local.

## 2.3. Consejos que están fuera de la estructura de los servicios públicos

### 2.3.1. Consejos consultivos de la sociedad civil

El artículo 74° de la LOCBGAE mandata a los servicios públicos a establecer consejos consultivos de la sociedad civil. Esta es una categoría nueva de consejos en nuestro ordenamiento, ya que si bien revisten el carácter de públicos (su fuente mediata es la ley y su fuente inmediata es la resolución administrativa que los crea), no se encuentran insertos en la estructura de los servicios públicos, sino que se entienden como entes distintos que *colaboran* con ellos. Asimismo, si bien la norma

---

<sup>10</sup> Más discutible es el caso del consejo de la Agencia de Calidad de la Educación. Aquí, la ley no le otorga explícitamente la dirección superior del servicio, ni tampoco injerencia alguna en el nombramiento del secretario ejecutivo (lo que podría denotar el otorgamiento implícito de un carácter directivo). Pero, al mismo tiempo, muchas de sus facultades son de carácter directivo. En nuestra opinión, se trataría de un consejo particularmente fuerte, pero dentro del marco de los consejos resolutivos y no de los directivos.

<sup>11</sup> Carmona, Op. Cit., p. 226.

<sup>12</sup> Este comité consultivo se disolvió en virtud de la ley N° 21.045, que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio. Ahora la estructura del ámbito cultural pasa a ser la siguiente: el Ministerio asume todas las atribuciones directivas y ejecutivas que tenía el Consejo, mientras que se crea un nuevo Consejo, de carácter esencialmente asesor, con algunas (importantes) decisiones resolutivas. En otras palabras, según la tipología que se presenta aquí, pasaría a ser un consejo resolutivo no-directivo.

que fomenta su creación es legal, su organización y funcionamiento es determinado discrecionalmente por cada servicio u órgano público.

### 2.3.2. *Consejos asesores presidenciales*

No se encuentran regulados por ley, pero se ha entendido que son consejos de carácter transitorio y de conformación diversa que buscan asesorar al Presidente respecto de un tema particular. Generalmente terminan entregando un informe que sintetiza propuestas e ideas en torno al problema planteado, para que el presidente luego decida qué curso de acción tomar. Son creados por el Presidente de la República en virtud de su potestad reglamentaria autónoma<sup>13</sup>.

### 2.3.3. *Comités interministeriales e intersectoriales*

Se trata de comités integrados por representantes de diversos ministerios u órganos públicos que se ocupan de un problema de carácter transversal a todos ellos, o que atañe a una serie de factores diversos. En realidad, suele tratarse de una forma de organización del trabajo por parte del Presidente de la República, que éste dispone haciendo uso de su potestad reglamentaria autónoma. También pueden ser mandatados por ley, como ocurre con el programa Chile Crece Contigo (ley N° 20.379), que considera la creación de un comité interministerial para definir la incorporación de nuevos subsistemas al Sistema de Protección de la Infancia.

Pueden tener un carácter transitorio o permanente y se han visto ejemplos en materias tan diversas como protección de la infancia, vida saludable, modificación horaria, modernización del Estado, etc.

## **3. Clasificación según su organización**

Si bien ya vimos una tipología jurídica general de los consejos, a partir de la distinción público/privado y su carácter resolutivo/consultivo, existen otras clasificaciones tomadas de la sociología, que giran en torno a la forma específica de participación que ellos fomentan o a su forma de composición.

### **3.1. Clasificación**

En este punto nos basaremos en los criterios utilizados por el sociólogo Gonzalo de la Maza, con las rectificaciones que sean necesarias<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> La potestad reglamentaria autónoma se desprende del artículo 32, N° 6 de la Constitución Política de la República, que establece entre las atribuciones especiales del Presidente "Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias *que no sean propias del dominio legal*, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes". Es decir, el Presidente puede dictar actos administrativos de manera amplia, incluso en materias que no sean de mera ejecución legal (siempre y cuando no afecte una materia de ley).

<sup>14</sup> Véase: DE LA MAZA, Gonzalo. "Conflicto político y diseños institucionales de participación en el caso chileno", Revista de Sociología, N° 23, 2010, pp. 21-24.

- a) *Consejos-servicio público*: en este caso se trata de servicios públicos que son denominados como “consejos” en la ley que los crea, en atención a su carácter de órganos colegiados. Tienen las mismas atribuciones que un servicio público cualquiera, pero puede variar la forma en que se toman las decisiones o el nivel de independencia del servicio respecto del nivel central. Ejemplos de estos consejos netamente públicos son el Consejo para la Transparencia, el Consejo de Alta Dirección Pública, el Consejo de Defensa del Estado, etc.
- b) *Consejos directivos de cooptación selectiva*: se trata de consejos que pueden o no detentar la dirección superior de un servicio público, pero en este caso se encuentran conformados según el mecanismo que los sociólogos denominan “cooptación selectiva”. En otras palabras, se trata de personas designadas directamente por el Presidente de la República que pueden o no ser pertenecientes a la Administración del Estado. En muchos de estos consejos se combina la presencia de representantes de los respectivos ministerios o servicios con la participación de personas vinculadas al sector empresarial, sindical, académico o de organismos no gubernamentales, siempre designados por el Presidente de la República. Se trata, por lo demás, de consejos de carácter resolutivo en sus respectivas áreas, capaces de proveer fondos y tomar decisiones administrativas importantes. Ejemplos de estos consejos son la comisión del FOSIS o del CONICYT.
- c) *Consejos con representación sectorial*: aquí tenemos, a su vez, dos variaciones:
- i) En la primera, se trata de consejos que combinan la presencia de personas designadas directamente por el Presidente de la República con personas designadas por el Ejecutivo, pero a propuesta del sector involucrado. Se trata de consejos que también tienen importantes atribuciones y que, si bien están dirigidos por el Ejecutivo, al tener la presencia de representantes de otros sectores permiten servir de contrapeso a este predominio. El ejemplo paradigmático de este tipo de consejo es el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.
- ii) En la segunda, los representantes sectoriales ya no son designados por el Presidente de la República sino por sus propias organizaciones de base. Aquí podemos ver ya una suerte de equilibrio entre miembros representativos y designados, aunque en la práctica suele prestarse para la cooptación institucional. El ejemplo más relevante es la CONADI<sup>15</sup>.
- d) *Consejos consultivos*: es la modalidad más extendida. Aquí, sin embargo, es preciso distinguir:
- i) Públicos: todos los miembros del consejo pertenecen a organismos públicos. Tienen un carácter asesor y se entienden como colaboradores del jefe superior del servicio. Es el caso de los Consejos de Integración de la Red

---

<sup>15</sup> En este órgano, las agrupaciones indígenas proponen nombres a la autoridad, siendo finalmente el Presidente de la República el que decide quién integra la corporación.

Asistencial de los Servicios de Salud, donde se reúnen los representantes de establecimientos de la red y son presididos por el director del Servicio de Salud respectivo.

ii) Público-privados: la composición de estos consejos es altamente variable. Así, por ejemplo, el Consejo Consultivo Regional del Medio Ambiente tiene sólo un representante del Ministerio, contra ocho representantes de diversas organizaciones de la sociedad civil (dos científicos, dos representantes de ONG, dos representantes del empresariado, dos representantes de los trabajadores). Sin embargo, este carácter aparentemente horizontal en su composición contrasta con el filtro que hace la autoridad: la SEREMI respectiva se pone en contacto con organizaciones de la zona, que proponen a sus representantes, y ella luego le propone los nombres al Intendente. Por otra parte, tenemos los Consejos Consultivos Regionales del Deporte. Estos incorporan un amplio abanico de organizaciones sociales, pero se añade un representante del Ejecutivo, un representante de las FFAA y dos representantes de las municipalidades. Aquí, a diferencia de los modelos anteriores, los representantes oficiales sirven para contrapesar el predominio de las organizaciones. Sin embargo, esto que podría parecer bastante participativo se ve atenuado por el filtro que hace el Consejo Regional, el cual elige a los representantes a partir de la propuesta de las distintas organizaciones. Ahora bien, en cuanto a sus atribuciones, este consejo es estrictamente consultivo (evacúa informes, solicita información, hace peticiones, etcétera). En todo caso, lo relevante es que en todos estos consejos se combinan representantes directamente elegidos por las organizaciones de la sociedad civil con representantes del Ejecutivo, y comparten atribuciones bastante débiles (no vinculantes o de rango menor). Otro ejemplo son los consejos locales de educación pública, ya mencionados en el acápite anterior, y que integran a estudiantes, profesores y apoderados, entre otros.

- e) *Consejos participativo-resolutivos*: En contraste con los modelos indicados, existe un tipo de consejo en nuestro país que combina representantes elegidos directamente por las organizaciones con atribuciones resolutivas. Se trata de los Consejos Regionales del Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones Públicas, que tienen un alto porcentaje de representantes de organizaciones civiles que, de hecho, superan a los representantes del Ejecutivo (cinco contra cuatro). Además, en su reglamento se disponen reglas muy específicas para su elección, intentando asegurarse mecanismos bastante democráticos. Finalmente, en cuanto a sus atribuciones, tiene una que es realmente resolutiva: la adjudicación de fondos para organizaciones públicas de la región. Otro ejemplo, de creación reciente, son los ya mencionados comités directivos de los Servicios Locales de Educación Pública.
- f) *Consejos Asesores Presidenciales*: como ya vimos en el acápite anterior, se trata de expertos o representantes de grupos particulares, nombrados por el Presidente, para que lo asesoren en un tema particular. Por lo general, estos consejos han tendido a un predominio de los técnicos y especialistas

sectoriales. Pueden convocarse para analizar temas muy distintos, desde violaciones a DD.HH (como la Comisión Rettig y la Comisión Valech) hasta la revisión de un proceso deliberativo específico (como en el caso del Consejo de Observadores del Proceso Constituyente).

### **3.2. Síntesis**

Si bien no existe un criterio único para la creación de consejos en nuestro sistema y, tanto las denominaciones como los tipos de consejos han ido variando con el tiempo, podemos concluir que estos se pueden agrupar según dos grandes variables.

La primera es según su *objeto*. Aquí tenemos dos grandes grupos: consejos cuyo objeto es proveer asesoría técnica y consejos que buscan realizar el principio participativo o representar intereses diversos a los del Fisco.

La segunda gran variable es el nivel de incidencia del consejo según sus *atribuciones*. En otras palabras, si se trata de un consejo consultivo o resolutivo.

Podríamos aventurar también una tercera variable, en atención al nivel de incidencia del Ejecutivo o del poder central en general en la elección o designación de los consejeros. Sin embargo, aquí es mucho más difícil hacer una división clara. Más bien, se trataría de una cuestión de grado, donde un extremo sería la elección directa de los representantes de las distintas organizaciones (un caso bastante cercano a ese extremo –aunque la votación es por organización y no por persona– es el del Consejo Regional del Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones Públicas), y el otro extremo vendría dado por los casos donde el Presidente designa directamente a los representantes de la sociedad civil (como suele ocurrir en la mayoría de los consejos directivos o en los consejos asesores).

Por lo general, en nuestro ordenamiento suele hacerse un cruce perfecto entre la variable técnica y la variable resolutiva. Es decir, los consejos cuyo objeto predominante es la representación de intereses o la participación ciudadana, suelen tener un carácter meramente consultivo, mientras que los consejos con orientación técnica y designados por una autoridad superior, suelen tener un carácter resolutivo.

## **4. La tendencia hacia los llamados *gobiernos corporativos* en el Estado chileno**

### **4.1. Concepto de gobierno corporativo**

En general, se denomina gobierno corporativo a los medios internos por los cuales las corporaciones (empresas) son operadas y controladas<sup>16</sup>. Se tiende a suponer que se trata de un concepto cargado positivamente; es decir, cuando se habla de gobiernos

---

<sup>16</sup> Esta es la escueta definición que ofrece la OCDE en: OCDE, *Principios para el gobierno de las sociedades*, 2004, p. 7.

corporativos en realidad se está hablando de mecanismos para lograr un *buen gobierno* de las empresas. Este buen gobierno está orientado a minimizar sus problemas de agencia.

Los problemas de agencia se suscitan a medida que evolucionan las empresas comerciales. Así, mientras en un primer momento de su desarrollo tanto su propiedad como su administración recaen en la misma persona o entidad, con la progresiva complejización de las operaciones de la empresa, ambas funciones se escinden y se separan cada vez más. Es decir, los accionistas (dueños de la empresa) dejan de ser quienes la administran (ejecutivos o gerentes). El problema se suscita por el hecho de que el administrador no pone en peligro sus propiedades e intereses privados, por lo que es posible que, al actuar sobre bienes ajenos, vele por sus propios intereses en detrimento de los intereses de la organización. Por lo tanto, podemos decir que hay un **problema de agencia**, también denominado problema del agente-principal, cada vez que se presenta una escisión entre el ente administrador y el propietario de una organización determinada. Al igual que en otros dilemas asociados a la confianza intersubjetiva, como es el caso del dilema del prisionero o el problema del *free rider*, el problema es, en último término, irresoluble, por lo que sólo cabría establecer estrategias para minimizarlo. Una de estas estrategias es, precisamente, a través de la configuración de un gobierno corporativo, entendido como un mecanismo que les permita a los propietarios (accionistas) asegurarse un nivel de control sobre las acciones de los administradores (ejecutivos).

## 4.2. Aplicación del concepto en el sector público

### 4.2.1. Crítica previa y recomendación

Como se pudo apreciar en el párrafo anterior, se trata de un concepto utilizado principalmente en el mundo privado, y que se relaciona con la regulación de las empresas. Sin embargo, en los últimos años se ha tendido a incorporar esta fraseología en el sector público, primero en el marco de las empresas del Estado y, actualmente, en cualquier proceso de diseño institucional de nuevas agencias o servicios públicos.

Esta tendencia está emparentada con el auge de la llamada "nueva gestión pública" (*new public management*), es decir, con la "adopción por parte de los organismos del sector público de los modos de organización y de gestión establecidos por el sector privado"<sup>17</sup>. En Chile esta ideología fue la base del proceso de modernización del Estado llevado a cabo a partir de fines de la década de 1990<sup>18</sup>, que

---

<sup>17</sup> FLÓREZ-PARRA, Jesús. "El gobierno corporativo en el sector público: un estudio en las universidades públicas españolas", en: Cuadernos de Administración, Universidad del Valle, Vol. 29, N° 50, 2013, p. 143.

<sup>18</sup> Algunos han considerado a este proceso como parte de una serie de *reformas de segunda generación* (las reformas de primera generación serían las que se llevaron a cabo en la década de 1980 por la dictadura cívico-militar, caracterizadas principalmente por el proceso de

se caracterizó, entre otras cosas, por la introducción del Sistema de Alta Dirección Pública y por la incorporación de incentivos colectivos a la mejora de la gestión (a través de los llamados *convenios de desempeño colectivo*).

Sin embargo, esto no significa que el concepto deba aplicarse de forma acrítica. En realidad, el país ha buscado diversos mecanismos de mejora de la gestión pública, mucho antes de 1973 (como se verá más adelante, de hecho, durante las décadas previas al golpe de Estado se ensayaron diversos arreglos institucionales para tener procesos más eficientes y participativos).

Así, es posible que la utilización de un concepto tan semánticamente cargado como "gobierno corporativo" termine confundiendo los objetivos que se persiguen en un caso de creación o rediseño de un órgano público, siendo preferible usar conceptos más neutros, como órgano colegiado, consejo directivo o, para englobar la reforma que se busca hacer, hablar de "nueva estructura directiva" o "nueva gobernanza"<sup>19</sup>.

#### 4.2.2. Análisis funcional

Ahora bien, la prevención anterior no significa que no podamos usar las herramientas que ofrece el estudio de los gobiernos corporativos para la creación o rediseño de un órgano público. Al contrario, un análisis funcional nos puede ayudar a modelar mejor estas instituciones.

Como se apuntó en los acápites anteriores, el concepto de gobierno corporativo no se define por la mera imposición de un directorio o una junta directiva en una organización determinada, sino que por la búsqueda de mecanismos que minimicen los problemas de agencia de las organizaciones. Por tanto, lo primero que debemos analizar es si existe algún problema de agencia en los servicios públicos chilenos.

De forma preliminar, podemos constatar que las empresas estatales son igualmente susceptibles de tener los problemas de agencia que tienen las empresas privadas. Así, se ha dicho que

"las empresas públicas pueden sufrir tanto por un intervencionismo indebido y por unas interferencias de la propiedad por motivaciones políticas como por una propiedad totalmente pasiva o distante por parte del Estado. También se puede producir una dilución de la responsabilidad. Con frecuencia, las empresas públicas se encuentran protegidas de dos importantes amenazas que resultan fundamentales para controlar la gestión en las empresas del sector privado, esto es, la toma de control y la quiebra. Lo que es más importante, las dificultades de gobierno corporativo derivan del hecho de que la responsabilidad por

---

privatización de empresas públicas). Véase: MOYADO, Francisco. "Gobernanza y calidad en la gestión pública", en: Estudios gerenciales, Vol. 27, N° 120, 2011, pp. 212-213.

<sup>19</sup> Gobernanza también es un concepto bastante debatido, que implica habitualmente la idea de "buen gobierno", pero tiene la ventaja de ser neutro respecto de la pertenencia de la organización al ámbito público o privado.

los resultados de las empresas públicas conlleva una compleja cadena de agentes (la administración, el Directorio, entidades propietarias, ministerios, el gobierno), sin claros y fácilmente identificables, o remotos, principales a los que rendir cuentas.”<sup>20</sup>.

Para darle un sentido al llamado “problema de agencia” es necesario traducir los términos al ámbito público. Así, los dueños o accionistas pasarían a ser los ciudadanos o usuarios del servicio en cuestión, mientras que los administradores pasarían a ser los funcionarios que lideran el órgano. En otras palabras, la existencia de un problema de agencia implica que los intereses de los funcionarios pueden chocar con los intereses de los usuarios o ciudadanos.

Es evidente que no se trata de un problema nuevo, sino que es un problema de fondo del Estado moderno: la escisión entre el gobierno y los gobernados. Se podría aventurar que es un problema inherente a la situación del Estado dentro del contexto del capitalismo tardío. En concreto, esta escisión se manifiesta, al menos, de dos maneras:

- a) La creciente *burocratización* de la Administración del Estado, que, a su vez:
  - i) aleja las prioridades del órgano de las prioridades ciudadanas; y
  - ii) genera una gran dilución de responsabilidades, y, por tanto, una mala rendición de cuentas ante la ciudadanía.

- b) La imbricación de los negocios y la política, lo que aumenta el *riesgo de captura* de los órganos públicos por parte de los grupos económicos, en detrimento del resto de los ciudadanos (esto es particularmente relevante en el caso de los servicios públicos reguladores o fiscalizadores).

Existen, al menos, dos estrategias para minimizar estos riesgos: la introducción de cambios para mejorar la *gestión*, y el rediseño o *reestructuración* de los servicios públicos.

Desde el punto de vista de las mejoras a la gestión, se ha tendido a reforzar la profesionalización de los funcionarios, el trabajo intersectorial, la planificación y la generación de incentivos para el cumplimiento de las metas de los servicios públicos, entre otros.

Por otra parte, desde el punto de vista de la estructura de los servicios, se ha tendido a incorporar diversas innovaciones a lo largo de los años, como veremos a continuación.

---

<sup>20</sup> OCDE, *Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas*, 2011, pp. 10-11.

#### 4.2.3. Una breve historia de las innovaciones institucionales en Chile en materia de gobernanza de los servicios y empresas públicas

Podemos identificar un primer proceso de cambios en la Administración del Estado a partir de la vigencia de la Constitución de 1925<sup>21</sup>, caracterizado por la proliferación de instituciones funcionalmente descentralizadas o semifiscales para cubrir diversas necesidades públicas. Un ejemplo temprano de este tipo de estructura se da en la conformación de Cajas<sup>22</sup>, empresas fiscales o estatales y corporaciones de fomento. La dirección de estas instituciones tendía a ser colegiada, tomando su estructura de los directorios de las sociedades y corporaciones privadas. Las presidía, por lo general, un Ministro, y reunía a los jefes de los servicios públicos relacionados, a representantes del sector privado y, en ocasiones, a un representante de las organizaciones sindicales. En forma paralela, el Presidente de la República o el consejo directivo así conformado, nombraba a un Vicepresidente o Secretario Ejecutivo, quien se hacía cargo de la administración del servicio. El ejemplo paradigmático en este sentido es la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), creada en 1939.

El objetivo de este tipo de estructuras era doble. Por un lado, se buscaba *descentralizar* la función pública para hacer la gestión más eficiente (los ministerios tendían a ser estructuras muy pesadas y burocráticas, y muchas veces los servicios centralizados terminaban inmovilizados por su dependencia hacia ellos). Por otro lado, se pensaba que una *mirada intersectorial* (tanto a nivel de ministerios como de colaboración público-privada) podía permitir enfrentar mejor las complejas tareas que el Estado se había fijado durante ese período histórico. Esto tenía mucho sentido en el contexto de un Estado empresario y una elite política decidida a fomentar la conformación de una incipiente industria nacional.

Un segundo proceso de "experimentación institucional" se da durante la década de 1960. Consiste básicamente en la utilización de estas estructuras en servicios encargados de prestaciones sociales, como JUNAEB, JUNJI o el SENAME, entre otros. Asimismo, se empieza a introducir con mayor fuerza representantes de los trabajadores o de organizaciones sociales. Esto se da en paralelo con la formalización de diversas organizaciones de la sociedad civil, como las juntas de vecinos o los centros de madres, que se sumaron a las cooperativas, sindicatos, federaciones obreras, estudiantiles, etc., que tuvieron auge en esos años. En otras palabras, si bien la estructura es prácticamente la misma, se pasa de un énfasis empresarial a un *énfasis social*. Un buen ejemplo de esto es la Corporación de la Reforma Agraria, que absorbió a la antigua Caja de Colonización Agrícola y asumió la dirección del proceso de reparto de tierras durante el proceso de reforma del agro. Así, su consejo directivo

---

<sup>21</sup> Como se notará en los párrafos siguientes, cada ordenamiento constitucional determina una forma particular de organización de la Administración del Estado.

<sup>22</sup> Eran organizaciones colegiadas de carácter crediticio, que se ocupaban de un problema particular (generalmente se trataba de empresas estatales). Así, por ejemplo, si el Estado quería fomentar un sector o industria, lo hacía entregando préstamos, a través de estas cajas. En la década de 1930 había una Caja de Crédito Minero, una Caja de Crédito Hipotecario, una Caja de Crédito Minero, una Caja de Crédito Agrario, una Caja de Colonización Agrícola y una Caja de Habitación Popular. Muchas de estas instituciones se refundieron en el Banco del Estado durante la década de 1950.

se caracterizó por incluir a dos representantes de los campesinos (de un total de siete miembros), designados por el Presidente a partir de ternas o quinas propuestas por las mismas organizaciones campesinas.

Con el golpe de Estado, sin embargo, las estructuras colegiadas dieron paso a un retorno a las autoridades unipersonales y un fortalecimiento de la jerarquía. Esto se implementó de la mano con la intervención de diversas organizaciones públicas y sociales por parte de las autoridades militares, con un mando totalmente vertical. En paralelo, se inició un nuevo proceso, esta vez de reordenamiento institucional, que desembocó, primero, en la Constitución de 1980, y luego en la ley N° 18.575, que estableció las bases de la Administración del Estado. Dicha ley sistematizó, en cierta forma, lo que se había venido desarrollando en los cincuenta años anteriores, simplificando la clasificación de los organismos públicos. Así, si antes se hablaba de servicios dependientes, empresas fiscales, instituciones semifiscales y organizaciones autónomas, con la nueva clasificación se pasa a tres grandes categorías: servicios centralizados, servicios descentralizados y autonomías constitucionales.

Sin embargo, en cuanto a la estructura interna, no se recogieron las innovaciones introducidas por los diversos gobiernos durante la vigencia de la Constitución de 1925. Así, en una primera instancia, se estableció la autoridad unipersonal (el jefe de servicio) como regla general y se omitió la posibilidad de crear órganos colegiados de dirección superior, lo que da cuenta de la imposición de un modelo vertical de Administración<sup>23</sup>. Sólo con la reforma del año 1990 se reconoció plenamente la posibilidad de establecer este tipo de estructuras directivas.

Desde entonces, la tendencia en cuanto al diseño institucional ha ido hacia la creación de servicios descentralizados (por sobre los servicios centralizados, al punto que estos constituyen actualmente una rareza en la Administración del Estado<sup>24</sup>). Además, se ha constatado que la mera descentralización funcional no basta para configurar servicios eficientes y con la independencia necesaria para prevenir los riesgos de captura. Así, se han creado organizaciones con tendencia a la autonomía del poder ejecutivo, lo que desafía la relación tradicional que se ha hecho en nuestro país entre gobierno y administración. Esto se da, principalmente, a través de lo que Cordero y García denominan "agencias independientes" y Carmona llama "autonomías

---

<sup>23</sup> CORDERO, Luis y GARCÍA, José Francisco. "Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias", en: Anuario de Derecho Público, 2012, p. 418. En particular, el artículo 28 original (hoy 31) indicaba, en su inciso final: "En circunstancias excepcionales la ley podrá establecer Consejos u órganos colegiados en la estructura de los servicios públicos, los que tendrán las facultades que la ley señale."

<sup>24</sup> El órgano centralizado por excelencia es la subsecretaría de un ministerio. Asimismo, subsisten órganos centralizados en los ministerios más antiguos, como Hacienda (la Dipres), Justicia (Sename y Gendarmería) y Educación (la Dibam, aunque este último fue reemplazado recientemente (mediante la ley N° 21.045) por el Servicio Nacional del Patrimonio Cultural, de carácter descentralizado). Un caso de servicio centralizado creado recientemente es la Dirección de Educación Pública, cuyo carácter dependiente busca la mantención del control político sobre el Sistema de Educación Pública, que le otorga la administración de los establecimientos educacionales a 70 servicios descentralizados. Véase la ley N° 21.040.

legales”, es decir, órganos descentralizados liderados por consejos directivos, cuyos miembros son designados por un acuerdo entre el Presidente y el Senado, y que no pueden ser removidos por causales de confianza<sup>25</sup>.

Otra tendencia es hacia la proliferación de órganos colegiados insertos en los servicios públicos, ya sea de carácter consultivo, resolutivo o directivo (como vimos en el punto 2 de este informe). Esto viene de la mano con una nueva tendencia hacia la participación de la sociedad civil en los asuntos públicos, tanto a través de la creación de consejos consultivos de la sociedad civil (COSOC), como a través de nuevos mecanismos de representación orgánica en los consejos resolutivos (es decir, a través de miembros de consejos que no son designados por la autoridad central sino por sus organizaciones de base).

## Conclusiones

Si nos enfrentamos al rediseño de un servicio u órgano público, lo primero que debemos preguntarnos es cuál es su déficit y qué es lo que lo causa. En el caso de que estemos creando un nuevo órgano, debemos plantearnos los distintos escenarios con los que podría interactuar, para buscar a partir de ahí los eventuales problemas (y las eventuales soluciones).

En ambos casos, la decisión de crear un “gobierno corporativo” debería partir de la base de la existencia de un problema de agente-principal, tal como lo hemos caracterizado en los puntos anteriores. Pero, incluso si se considera que este problema podría sortearse con una estructura unipersonal, existen otras variables en juego que nos podrían llevar a la construcción de un gobierno colegiado.

Así, como hemos visto, a lo largo de la historia -es decir, mucho antes de que se impusiera la llamada *nueva gestión pública*- se han planteado distintos diseños institucionales, según los intereses que los legisladores querían proteger en cada momento, o las miradas que querían que estuvieran representadas. De esta forma, mientras en los primeros años de vigencia de la Constitución de 1925 se privilegió el foco empresarial, durante sus últimos años se buscó diseñar servicios que tendieran a la participación ciudadana, y a la representación de los propios usuarios en las estructuras de gobierno.

Después del retorno a las estructuras unipersonales propiciada por la dictadura, los primeros años de vigencia plena de la Constitución de 1980 estuvieron marcados por un retorno parcial a las estructuras colegiadas, sólo que esta vez de la mano de la modernización. En otras palabras, se trató de un proceso asociado a la profesionalización de la gestión, más que a la representación de intereses. En paralelo, se fue fortaleciendo lentamente la participación ciudadana, lo que llegó a su punto culminante con la ley N° 20.500. Este nuevo mandato de incorporación de la

---

<sup>25</sup> Véase Cordero y García, Op. Cit.

ciudadanía en los asuntos públicos puede ser visto como un intento de lidiar con el creciente alejamiento de la sociedad civil de la política formal (la otra cara del proceso de ensimismamiento o automatización del poder administrativo), así como un intento de empezar a representar de mejor manera sus intereses en el diseño e implementación de las políticas públicas. Sin embargo, este esfuerzo sólo recientemente se ha ido traduciendo en la configuración de estructuras de gobierno de los servicios públicos que incorporen de forma efectiva a los ciudadanos.

Ahora bien, no es necesario que todos los órganos nuevos que se creen sean colegiados. Es preciso evitar la idealización de estas estructuras. El objetivo de este trabajo ha sido, más bien, intentar comprender las razones que pueden estar detrás de un gobierno colegiado, sus eventuales ventajas comparativas, y cómo han evolucionado en nuestra historia institucional reciente.

En cualquier caso, lo relevante no es tanto la estructura misma, sino que ella se diseñe para cumplir con determinadas funciones. Si de las funciones planificadas se desprende que ellas se cumplirían más fácilmente con una estructura determinada, entonces el legislador debería tender a establecer dicha estructura.

Otra opción consiste en combinar distintos diseños: por ejemplo, un órgano dirigido unipersonalmente a la usanza tradicional podría tener como contraparte a un consejo con representación ciudadana, laboral, productiva y/o empresarial. Es decir, un clásico sistema de pesos y contrapesos. Lo importante es nunca perder de vista el norte de todo diseño institucional: que el órgano sea capaz de cumplir adecuadamente con las funciones que la ley le ha encomendado (y que, finalmente, debieran beneficiar a la ciudadanía).